

《十二表法》对优士丁尼罗马法的影响

徐国栋^{*}

摘 要:后世罗马人对《十二表法》的多次援用和广泛分析表明该法很受罗马人尊重。其一些规定得到赞美,作为改革今法的依据。只有少量规定受到批评。这些都用来证明《十二表法》的先锋性和永久性。但有些对《十二表法》的解释互相矛盾,尤其表现在胎儿是否有继承权的问题上。

关键词:《十二表法》 优士丁尼罗马法 人法 物法

DOI:10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.2017.01.010

一、概括说明

优士丁尼罗马法即优士丁尼的法典编纂成果,严格说来,它们只包括《法典》《学说汇纂》和《法学阶梯》,它们被合称为优士丁尼法典。但在制定完它们后,优士丁尼又颁布了168项新律调整新问题或改变旧规则,它们被后人汇编为《新律》,它也是优士丁尼罗马法的一部分。

以“十二表法”为检索词对上述四部法律文件的电子版进行检索,发现《法典》涉及《十二表法》的敕令有11条,《学说汇纂》涉及《十二表法》的法言有56个;《法学阶梯》涉及《十二表法》的法言有20个;《新律》涉及《十二表法》的敕令只有一个。它们总计88个,体现了《十二表法》对优士丁尼罗马法的影响。当然,还有很多没有援用《十二表法》的法言也强烈地反映了《十二表法》的影响,它们在本文末会被提到。

这88个法言分为如下类型:其一,讲述制定《十二表法》的经过;其二,记叙《十二表法》的某项规定;其三,比较《十二表法》与后世某一法律就类似事项做出的规定,协调它们间的关系;其四,批评《十二表法》某项规定的谬误;其五,扩张解释《十二表法》中的某个用语,以满足实际生活的需要。以下分述。

二、讲述《十二表法》制定经过的法言

这样的法言有4个,全部出自彭波尼的《教本》。D.1.2.2.4记叙了两个十人委员会的设立以及他们制定《十二表法》的活动。^①D.1.2.2.6提到与《十二表法》并列的市民法,以及法律诉讼。^②D.1.2.2.8提到了平民会决议对以上三种法的补充以及此等决议产生的阶级斗争背景。^③D.1.2.2.23提到《十二表法》设立了杀人罪查处官。^④

^{*} 作者简介:徐国栋,厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。

^① 参见罗智敏译:《学说汇纂》(第一卷),中国政法大学出版社2008年版,第23页。

^② 同注^①,第25页。

^③ 同注^①,第27页。

^④ 同注^①,第37页。

彭波尼的《教本》是一部法制史教科书,它把《十二表法》作为年罗马法的奠基文件加以介绍和论述,证明了《十二表法》的崇高地位。

三、记叙《十二表法》的某项规定的法言

这样的法言共计 22 条,它们是还原《十二表法》之文本的素材。以下按先人法后物法的顺序介绍它们。

(一) 关于保护制度的规定

盖尤斯在其《行省告示评注》第 12 卷中(D.26,2,1pr.)告诉我们:《十二表法》允许尊亲为其子女指定遗嘱监护人,不论此等子女是男性还是女性,只要他们处在权力下。^⑤

优士丁尼在其《法学阶梯》中(I.1,15pr.)告诉我们:对没有赋予遗嘱监护人的人,宗亲根据《十二表法》成为监护人,他们被称作法定监护人。^⑥

盖尤斯的法言告诉我们遗嘱监护人是第一顺位的监护人,优士丁尼的法言告诉我们,宗亲是第二顺位的监护人。法定监护是遗嘱监护的补充,这跟法定继承是遗嘱继承的补充的道理是一样的。这个“道理”,就是相信遗嘱人的判断和选择是好的。

优士丁尼接着谈到了保护制度的另一分支——保佐的《十二表法》起源:《十二表法》禁止浪费人管理其财产,这一规则原来是从习俗采用的。但今天,如果裁判官或总督遇到了既没有规定其花费的时间限制,也未规定其范围限制的人,他们以奢侈行为和放荡糟蹋其资产,通常类推精神病人为他们指定一个保佐人。精神病人在恢复其心智前处在保佐下,浪费人在恢复其感觉前也如此。当此等恢复发生时,他们自动停止处在其保佐人的权力下。^⑦

乌尔比安在其《萨宾评注》第 1 卷中(D.27,10,1pr.)接着告诉我们两种保佐产生的时间先后不一,精

神病人的保佐发生在先,浪费人的保佐发生在后,后者乃为前者之模仿,而且产生于习俗,但它们同时出现在《十二表法》中,所以,它们出现时间的先后是在《十二表法》颁布之前的事情。所以,乌尔比安的这个法言揭示了《十二表法》前的罗马一个方面的法制史。

优士丁尼接着谈到了保佐的承担者。谓:精神病人和浪费人,就算是 25 岁以上的人,但根据《十二表法》处在宗亲的保佐下。而在罗马,由市长官或裁判官;在行省,则由总督,通常通过调查为他们指定保佐人(I.1,23,3)。^⑧此语揭明《十二表法》确立的宗亲对精神病人和浪费人的保佐,并扩展说明了《十二表法》本身不曾说明的此等保佐人的任命方法。

盖尤斯在其《行省告示评注》第 3 卷中(D.27,10,13)还告诉了我们保佐人职责的细节:根据《十二表法》,通常对精神病人和浪费人的人身照料指定一个人,而裁判官把财产管理交给另一个人。例如,法定继承人看来不适合这一工作时。^⑨保佐,尤其是浪费人的保佐是为了其财产免受糟蹋,所以,可以认为保佐人的职责是管理被保护人的财产。对精神病人和浪费人的人身照料则可能委托给被保护人的其他亲属,尤其是女性亲属。这样我们就理解了现代法把对精神病人的保护当作监护,《十二表法》把同样的工作看作保佐的差异之原因:现代人把这一工作看作兼关涉人身方面和财产方面,所以将其定性为监护,罗马人只认为这一工作关涉财产方面,所以将其定性为保佐。能做到这一点,乃因为人身照料的职责被保佐人以外的人承担了。

而管理财产需要专业的技能,如果法定的保佐人即被保佐人的法定继承人不具有此项技能,则由其他专业人士代他们为保佐。这样,保佐就脱离了血缘性,逐渐向专业性发展。

⑤ See The Digest of Justinian, Vol. 2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 747.

⑥ 参见[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》(第二版),徐国栋译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 69 页。

⑦ See The Digest of Justinian, Vol. 2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 812.

⑧ 同注⑥,第 87 页。

⑨ See The Digest of Justinian, Vol. 2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 813.

如果保护人侵害了被保护人的利益,怎么办? 乌尔比安在其《告示评注》第 35 卷中告诉我们,《十二表法》以监护人嫌疑罪处置此等情形(D.26,10,1,2),优士丁尼《法学阶梯》重申了这一事实(I.1,26pr.)。

(二)关于继承制度的规定

遗嘱继承优先于法定继承是《十二表法》的安排,以此彰显对私法自治的认可。故乌尔比安在其《优流斯和帕皮尤斯法评注》第 2 卷中(D.50,16,130)说:某人说根据遗嘱授予遗产并非不当,因为《十二表法》已确认遗嘱继承。^⑩优士丁尼的第 22 条新律第二章则援引了《十二表法》第五表第 3 条的规定:以遗嘱处分自己的财产,具有法律上的效力。并引申道,任何人皆可以合适的方式处分其遗产,其遗嘱将是合法的。^⑪《十二表法》的此条认可了遗嘱的法律效力,但要求遗嘱人以合适的方式为处分,换言之,不合适的处分不合法,将导致无效。这样的说明为特留分制度保留了空间,尽管该制度要较晚才被打造出来。^⑫

顺便指出,第 22 条新律是 535 年发布的,隔《十二表法》的颁布已有 985 多年。一个规定在间隔近千年后还被立法者引用,可见其生命力。

遗嘱继承不成才会有法定继承。I.3,1,1 和 I.3,2pr. 告诉了我们《十二表法》规定的法定继承顺位。前者规定:事实上,无遗嘱而死者的财产,根据《十二表法》,首先属于自权继承人。^⑬后者规定:如果无任何自权继承人、裁判官或敕令认为是自权继承人的人;或他们不以任何方式进行继承,那么,根据《十二表法》,遗产归最近亲等的宗亲。^⑭此语中,自权继承人处在法定继承的第一顺位,宗亲处

在第二顺位。从第一顺位过渡到第二顺位,有两个原因。其一,第一顺位的继承人阙如;其二,虽不存在阙如,但他们不能继承,这或许因为他们被剥夺了继承资格。

自权继承人是在被继承人死亡时处在其权力下的直系卑血亲,可以是儿子,也可以是孙子甚至重孙子,由此发生辈分相对高的与相对低的自权继承人之间的关系问题。戴克里先和马克西米安皇帝在 293 年 7 月发布给弗隆托努斯(Frontonus)的一个敕答中(C.6,55,3)告诉我们:《十二表法》明确规定:儿子以及另一在被继承人死亡时已无遗嘱而死的儿子所出的孙子,如果他们都处在家父权下,同等地继承。裁判官法也遵循一规则。^⑮这样,辈分低的自权继承人是代其死去的父亲与辈分高的自权继承人一起继承,如此就形成了自权继承人顺位的继承同时包括了本继承和代位继承的局面。

处在上述顺位中的法定继承人有男有女,他们的继承机会是否因为性别而受影响呢? 优士丁尼在其《法学阶梯》中(I.2,13,5)中告诉我们:……古代的《十二表法》以同样的方式召集所有的人进行无遗嘱继承……,^⑯换言之,《十二表法》赋予男女法定继承人的机会和份额是一样的,贯彻了男女平等原则,但《十二表法》以后的中期法学,通过进行男权主义的解释限制了女性的法定继承权,优士丁尼认为这样不对,于是回到《十二表法》的男女平等规定。最可道者,优士丁尼还给出了《十二表法》这样做的理由:男女两性在人类的生殖中执行着类似的自然功能。^⑰他在 531 年发布给大区长官约翰的敕答中(C.6,58,14pr.)展

^⑩ See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.944.

^⑪ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P.Scott, Cincinnati, s/a. Vol.XVI, p.112.

^⑫ 公元前 40 年,在奥古斯都的支持下颁布了《关于遗赠的法尔其丢斯法》,它将遗嘱人可以遗赠的财产总数量化为 3/4,留给全部继承人的遗产不过 1/4。

^⑬ 同注⑥,第 251 页。

^⑭ 同注⑥,第 289 页。

^⑮ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P.Scott, Cincinnati, s/a. Vol.XIV, p.79.

^⑯ 同注⑥,第 193 页。

^⑰ 同注⑥,第 193 页。

开说明了这一理由:《十二表法》为了很好地保持罗马人种的繁荣,规定,不存在区分婚生子女中的男性和女性的做法,这一规则也必须适用于遗产,如同它也适用于孩子们本身一样,不许在他们的继承上有所区分,因为自然给予两者不同的身体,以便通过交换维持不死并相互帮助,所以,如果一性被驱除,另一性也将衰亡。^⑮这是一种男女平等的新依据,但被现代人超越。他们认为在人类的生殖中,妻子的贡献比丈夫更大,承受更多的牺牲和负担,所以妻子可以不告知丈夫单独决定流产自己腹中的孩子。^⑯

然而,优士丁尼在 I.3,2,3b 中提出的否定中期法学的男女继承权不平等的另一理由却未被现代人超越:缺乏相互性。他质问道:为什么处在同一血缘亲等的人,根据同等的标准不分男女地被授予了宗亲的名号,而男性确实被允许继承所有的宗亲,而处在宗亲中的任何妇女,仅姐妹除外,却完全不被给予对宗亲的继承呢?所以,他把一切都完全地恢复原样,向《十二表法》的规则看齐,以一个敕令确定:一切法律规定为宗亲的人,换言之,男系的卑亲属,不论是男性还是女性,都同等地根据其亲等的优先权被召集参加无遗嘱情况下的法定继承,姐妹也不因不拥有共父关系而被排除。^⑰

优士丁尼还在 C.6,58,15pr. 和 C.6,58,14,6 中重申了自己对《十二表法》关于男女平等继承的规定赞赏和追随。前者曰:朕记得自己曾发布的神圣敕令,其中,朕根据《十二表法》命令,所有的合法卑亲属,无分男女,都可依据卑亲属的权利取得遗产……534 年发布。^⑱后者曰:在这些情形,朕通过遵循《十二表法》并修订一个新近制定的法律,并

受人道的动机驱使,希望将来只有一个顺位,且遗产将依据血缘权移转法定继承人,并不区分性别,所以,不仅兄弟的儿子和女儿将被召集继承其叔父伯父,而且同一血统的姐妹,或同母的姐妹的儿子和女儿,而且其他的卑亲属,将与男性一起,有权继承其舅舅的遗产……531 年发布。^⑲后者具有改变继承依据的意图:以前的依据是宗亲,现在的依据是血亲,如此,外甥也可继承舅舅。进言之,按照权利义务相一致的原则,甥舅之间也互有保护责任。

遗产只有一份,但继承人可能有多个,怎么办?有两种可能,其一,各继承人不分割遗产,形成共有(叫做“不分遗产的共同体”)。其二,各继承人分割遗产。尽管前一种选择也长期存在于罗马人的法律生活中,但《十二表法》似乎更倾向于第二种选择,因为盖尤斯在其《行省告示评注》第 7 卷中告诉我们:分割遗产之诉起源于《十二表法》。因为当共同继承人人们希望时,设立这样一种诉讼是必要的(D.10,2,1pr.)。^⑳《十二表法》之所以如此选择,可能还是因为罗马人的“共有是争讼之源”的理念。

但并非所有的人都可主张分割遗产,乌尔比安在其《告示评注》第 19 卷中(D.10,2,2pr.)告诉我们,依据遗嘱继承或无遗嘱继承,或依据《十二表法》,或依据其他的法令抑或元老院决议抑或敕令得到的遗产,仅在其可被请求分割的情况下才可分割。^㉑那么,什么遗产不可请求分割?至少墓地不可分割,必须为家族成员共有(C.3,44,4)。^㉒道理很简单,每个坟墓属于一个先人,先人很多,每个继承人不可能只继承一个先人的坟墓,这个先人还是其他继承人的先人。

⑮ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XIV, p. 93.

⑯ 参见徐国栋:《民法哲学》(增订本),中国法制出版社 2015 年版,第 255 页。

⑰ 同注⑥,第 293 页。

⑱ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XIV, p. 94.

⑲ 同注②。

㉑ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 535 页。

㉒ 同注②,译文有改动。

㉓ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XII, p. 344.

以上是对遗产中的有体物的分割,就作为债权的无体物的分割,哥尔迪亚努斯皇帝的一个敕答(C.3,36,6^{②6})告诉我们,《十二表法》规定债权按各继承人获得遗产的比例当然分割,例如,取得1/3遗产的人,也分得同样比例的债权。如果债的标的可分,各继承人自然可按比例满足自己的债权。但《十二表法》还规定,如果债的标的不可分,例如,就路权、通行权、驱畜通行权订立的要式口约不可分(D.10,2,25,9),^{②7}复数的继承人只能共同地享有此等路权,如果其中的一人或数人被拒绝行使,每个人都可请求全额的赔偿,然后再在其他继承人中按照继承遗产份额的比例分配赔偿金。

根据《十二表法》,不仅债权可分,而且债务也可分。保罗在其《告示评注》第23卷中(D.10,2,25,13)告诉我们:同样的法律规则适用于遗嘱人允诺的金钱,但以此等允诺附加了罚金条款为条件。因为尽管根据《十二表法》,这样的债可以分割,然而,继承人之一支付自己的份额并无助于帮助他逃脱罚金。……^{②8}此语中,“同样的法律规则”指复数继承人对于履行遗嘱人对第三人的承诺承担连带责任的规则。具体而言,此语涉及的是一个遗嘱人要求复数继承人对第三人给付一份遗赠,并以罚金保障这些继承人履行“二传手”义务的案件。按照《十二表法》,这样的给付义务可以在复数继承人之间分割,但相应的罚金责任却不能分割。所以,一个按份继承人履行了自己份额的债务,其他继承人未履行的,他仍要就整体的罚金承担责任,以此保障受遗赠人权利的实现。

(三)关于物权的规定

在这一方面,后世学者和立法者最关注的是《十二表法》创立的已造横梁之诉制度,8个这方面的法言有5个关乎它,另外3个只能关乎“其他”了。

保罗在其《告示评注》第21卷中(D.6,1,23,6)告诉我们:根据《十二表法》,被架入建筑物的他人

的木梁是不能被要求返还的,也不能因此提出出示之诉,除非被起诉者是明知还将木梁架入。但是关于被架入的木梁存在一项古老的诉权,是木梁价金的双倍,这起源于《十二表法》。^{②9}此语区分今法和古法谈论对被架入他人房屋的梁木的处置。古法是《十二表法》,按照它,梁木一旦被架入他人房屋,其主人即不得要求原物返还,只能要求赔偿双倍的价金。按照今法,被架入他人房屋的梁木是否可被要求原物返还,取决于架入人的主观状态。诚信架入的,即误把他人的梁木当作自己的梁木架入的,不得被要求原物返还,也不得被要求出示;恶信架入的,即明知梁木属于他人仍然将其架入自己房屋的,则梁木主人既可要求原物返还,也可要求出示,以贯彻道德于法律,哪怕把一个造好的房子拆得七零八散,房主一家无处可居。这样的法律道德化消减了《十二表法》有关规定的忍小恶求大善的苦心。“小恶”,即盗窃他人梁木架入自家房子之恶,或使用他人以不同寻常的低价出售或赠与的梁木架入自家房子之恶。“大善”,即基于一座房子的价值大于构成它的建筑材料价值之总和的信念坚持不得拆房以保全社会财富,同时给予梁木所有人加倍的经济补偿的处置。如此,梁木的架入被理解为添附于房子。房屋为“尊”,梁木为“卑”,“卑”添附于“尊”。由此,参与结合的两个物的主人一个要成为新物的主人,另一个只能接受此等主人的赔偿,以债权的方式实现自己的所有权。保罗时代的今法显然降低了对“小恶”的容忍度,从而也损害了对“大善”的追求度,这是令人遗憾的。

但梁木所有人的原物返还请求权并非消灭,只是“沉睡”。盖尤斯在其《论日常事务》第2卷(D.41,1,7,10)中告诉我们,“如果房子因为某种原因倒塌,材料所有人此时可提起原物返还诉,并享有出示建筑材料的诉权”。^{③0}“某种原因”,可能是建

^{②6} See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XII, p. 328.

^{②7} See The Digest of Justinian, Vol. 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 314.

^{②8} See The Digest of Justinian, Vol. 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 315.

^{②9} 参见陈汉译:《学说汇纂(第六卷):原物返还之诉》,中国政法大学出版社2009年版,第39页。

造质量差,房屋倒塌,也可能是地震或其他灾害摧毁了房屋。此时,《十二表法》有关规则的生态意义消失,允许梁木所有人行使过去被压抑的所有权。

然而,一个人可以把他人的梁木架入自己的房子,也可把他人的其他建筑材料——例如砖瓦、大理石、檩条——纳入自己的房子,一旦发生这样的事情,允许材料所有人提起原物返还诉或出示之诉一样会给房子造成极大的损害,所以,有必要通过解释扩张《十二表法》有关规则的涵盖范围。盖尤斯就这么做了,他在其《行省告示评注》第13卷中(D.50,16,62)如此为。曰:“《十二表法》中的‘梁木’指构成建筑物的各种建筑材料”。^{③④}这样就突破了《十二表法》有关规则的决疑性,把它上升为一个普遍的规则。

尽管如此,《十二表法》的原规则和盖尤斯的扩张都给人一种房屋建造人以自己的材料为主,兼用他人材料建房的印象,优士丁尼进一步扩张,曰:在某人于自己的土地上以他人的材料为建筑的情况下,该人被认为是建筑物的所有人,因为在土地上建筑的一切添附于土地(I.2,1,29)。^{③⑤}此语中,添附人全部用他人的材料建房,被添附者不再是自家的房子以及自家的其他建筑材料,而是土地。这样,新建的房子一股脑属于土地所有人。这样的扩张不可谓不奇伟!

已造横梁之诉解决都市不动产一个方面的添附问题,对于乡村不动产的类似添附问题,乌尔比安在其《告示评注》第37卷中(D.47.3.1pr.)告诉我们:《十二表法》不许要求归还与葡萄藤联在一起的支木,以免使葡萄园的培育受到干扰。^{③⑥}此语涉及种葡萄时用他人的材料做葡萄藤的支杆的情况,而这样的材料很可能是葡萄园的主人偷来的。小偷人人痛恨,私有权人人皆曰要保护,在这种形

势下,最痛快的处理莫过于把种好的葡萄藤推翻,抽出支杆还给其主人了!但如此葡萄园被毁,社会财富受损,智者不为也!于是,《十二表法》不许支杆的主人马上讨还材料,只许他向葡萄园主双倍诉追支杆的价值,只有在葡萄园终结的情形才可取回支杆的原物。此等规定与关于已造横梁之诉的规定细节不同,精神同一,那就是社会利益高于个人利益的精神。

其他3个在优士丁尼法中得到援引的《十二表法》规定都关乎地役权。第一个关乎采光。乌尔比安在其《告示评注》第71卷中(D.43,27,1,8)告诉我们,《十二表法》规定,土地所有人应刈除自己土地上树木的高于15尺的树枝,以免此等树枝的阴影损害邻人的土地。^{③⑦}确实,自家大树的阴影投射到邻地上,会让其上的庄稼长不旺。第二个关乎引水防险。保罗在其《萨宾评注》第16卷中(D.43,8,5)告诉我们:如果通过公共地方的引水渠损害了私人,依据《十二表法》,赋予一个诉权给此等私人以填补所有人的损害。^{③⑧}此语讲的是一个私人根据导水权从公共的地方引水,引水渠途径(可能是从空中)另一个私人的土地,如果由于漏水或渡槽坍塌等损害了后一个私人,《十二表法》要求前一个私人赔偿之,由此实现两个私人间的利益均衡。第三个关乎供役地所有人通行权行使条件之提供。盖尤斯在其《行省告示评注》第7卷中(D.8,3,8)告诉我们:根据《十二表法》,道路的宽度,直的地方为8尺,转弯处为16尺。^{③⑨}本条规定供役地所有人对需役地所有人提供的道路应有8尺宽(相当于2.4米),转弯处应有16尺宽,这是为了使重载的车辆快速通行转弯时有回旋余地。

(四)关于债法的规定

优士丁尼《法学阶梯》(I.2,1,41)为我们复述

^{③④} See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 489.

^{③⑤} See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.939.

^{③⑥} 同注⑥,第125页。

^{③⑦} 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第70页。

^{③⑧} See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.615.

^{③⑨} See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 576.

^{③⑩} See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.259.

了《十二表法》设立的标的物所有权转移与价金支付挂钩的规则:……出卖并交付之物,除非买受人对出卖人偿付了价金,或以其他方式对他作出了担保,例如对他提出了保证人或质物,买受人不能取得其所有权。《十二表法》确实也对此作了规定。……^{③7}这样,交付只转移对标的物的占有,并不转移所有权。这样的处理与现代法的交付导致所有权移转式的规定^{③8}颇为不同,但更有利于保护出卖人的利益:他以对自己物的所有权担保自己的价金请求权的安全。

乌尔比安在其《告示评注》第18卷中(D.9,1,1pr.)告诉了我们《十二表法》关于动物侵权的规定:四足动物被主张损害了他人的,由所有人把它投偿于被害人,或赔偿已造成的损失。^{③9}前种选择是有限责任,后种选择是无限责任。但前种选择不见得不利于被害人,因为四足动物如马骡驴,都比较大型,都作为耕畜使用,受害人得到它们后可使用许多年。它们多年的服务应能补偿受害人的损失。

(五)关于刑法的规定

盖尤斯在其《行省告示评注》第7卷中(D.9,2,4,1)告诉了我们《十二表法》对夜盗和昼盗的不同处置。对于前者,在捕获的情况下可直接杀死,但要高声喊叫邻人以求证明。但对于后者,只有当其以武器抵抗时才可杀死,同时要高声叫喊向众人宣布。^{④0}夜盗的危险大,故得到严厉处置。昼盗的危险较小,故受到相对温和的处置。

马尔西安在其《法学阶梯》第14卷中(D.48,4,3)告诉了我们《十二表法》规定的叛国罪及其处罚:煽动敌人进攻罗马或将罗马公民交给敌人构成此罪,相应的刑罚是极刑,^{④1}也即死刑。^{④2}悠悠万恶,最恶者莫过于叛国,立法者深恨之,对其

的处置不可谓不严厉。

四、比较《十二表法》与后世新法同事异决的法言

(一)继承法方面的

优士丁尼《法学阶梯》[I.3,5,5(4)]比较了《十二表法》与裁判官法允许宗亲继承的规定。按照前者,即使处在第十亲等的宗亲也被允许继承遗产,但裁判官只允许在第六亲等以内的血亲,以及处在第七亲等的表侄孙、表侄孙女、堂侄孙、堂侄孙女的儿子或女儿,以近血亲的名义占有遗产。^{④3}显然,裁判官把宗亲看作了血亲并限缩了可以参与继承的这种宗亲的范围。说“看作”,乃因为宗亲也是血亲,不过是依据父系发生的血亲,表侄孙、表侄孙女、堂侄孙、堂侄孙女的儿子或女儿都是依据父系产生的亲属。裁判官之所以“看作”,是为了把继承的依据逐渐从仅仅是父系血亲改为父母两系血亲。说“限缩”,乃因为《十二表法》允许任何亲等宗亲充当第二顺位的法定继承人,而裁判官只允许七亲等以内的宗亲如此。

优士丁尼《法学阶梯》(I.3,1,9)还进一步比较了《十二表法》与裁判官法对被解放子女的不同态度。按照前者,他们不是法定继承人,因为作为法定继承人要么在尊亲死亡时要处在其权利下,要么还保留宗亲身份,但解放使这两种可能都失去,被解放者不过是被继承人的血亲,而血亲在《十二表法》规定的继承制度中没有意义,这样的处理显然有违自然公平,在这种公平观的推动下,裁判官授予他们为了子女的遗产占有^{④4},让他们以迂回的方式实际得到遗产,由此完成继承依据从宗亲到血亲的转化。

^{③7} 同注⑥,第133页及以次。

^{③8} 我国《合同法》第133条规定:标的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

^{③9} See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.276.

^{④0} 参见米健、李钧译:《学说汇纂(第九卷):私犯、准私犯与不法行为之诉》,中国政法大学出版社2012年版,第15页。

^{④1} 参见薛军译:《〈学说汇纂〉第48卷(罗马刑事法)》,中国政法大学出版社2005年版,第47页。

^{④2} 同注⑥,第78页。

^{④3} 同注⑥,第309页。

^{④4} 同注⑥,第281页。

以上两个古今对比的结论是今比古好,但也有今不如古的比较。优士丁尼《法学阶梯》(I.3,2,3a)告诉我们:在宗亲继承问题上,《十二表法》是男女平等的,所以,宗亲无分男女,都被召集继承,但后世的法学把女性宗亲完全排除出宗亲继承,这一对良好古法的背离到晚近才被裁判官纠正,他们授予女宗亲为了血亲的遗产占有^⑤,让她们回复到了《十二表法》授予的地位。

今不如古的另一例也被优士丁尼《法学阶梯》报道(I.3,1,15)。《十二表法》在儿子死亡的情况下,召集孙子或孙女、曾孙子或曾孙女代其父亲之位继承祖父。在这种代位继承中,男女卑亲的继承份额并无区别。但后来由于重男轻女观念的流行,只有男系诞育的女性卑亲属被承认为宗亲,排除了女儿所出的女性卑亲属的这种地位,后来的皇帝们尽管恢复了此等女性卑亲属的宗亲地位,但让她们的继承份额比正宗的宗亲少1/3。到优士丁尼立法,才让她们在继承份额上与正宗宗亲完全平等^⑥。

在人格减等是否导致法定继承权消灭问题上,又形成了今比古好的比较。乌尔比安在其《萨宾评注》第12卷中(D.38,17,1,8)告诉我们:只有《十二表法》赋予的旧的继承权因人格减等消灭,但新的依据其他法律或元老院决议的继承权不因人格减等消灭。因此,如果某人经受了人格减等,他仍享有法定继承权,经受人格大减等,例如丧失市民权的情形除外,例如被放逐小岛的情形^⑦。优士丁尼《法学阶梯》(I.3,4,2)则告诉我们乌尔比安提到的“其他法律或元老院决议”指《特尔图鲁斯元老院决议》和《奥尔菲图斯元老院决议》^⑧。前者赋予母亲继承子女的权利,后者赋予子女继承母亲的权利。要言之,两者都把血亲也当作继承权的依据。而血亲关系属于自然法,宗亲关系属于市民法,市民法的规则不能影响自然法上的权利。市民法的规则把继承权与市民身份挂钩,导致此等身

份丧失的人格大减等和中减等,都引起法定继承权的丧失。而两种人格减等都是政治评价的结果,此等结果让继承的养老育幼的功能个案性地死亡,当然有欠人道。让基于血亲关系的继承权不因刑事处分消灭,等于在刑事责任与民事权利的享有之间做了一个区隔,当然比不做这样的区隔好。

《关于俘虏的科尔内流斯法》也与《十二表法》在死于被俘状态的儿子是否能取得父亲遗产的问题上形成同事异决。尤里安在其《学说汇纂》第62卷中(D.28,6,28)告诉我们:如果适婚的儿子在父亲生存时被俘,然后在其父亲死于城邦中后死于被俘状态中,父亲的遗产依据《十二表法》属于最近的宗亲,而不是依据《关于俘虏的科尔内流斯法》属于儿子^⑨。此语中,父亲已订立遗嘱指定其儿子为继承人,但儿子在父亲活着时被敌人俘虏,父亲死后他也死在敌人手里,由此,遗嘱继承落空,转入法定继承。遗产按《十二表法》的规定归第二顺位的法定继承人,即最近的宗亲。但《关于俘虏的科尔内流斯法》把所有被俘的罗马市民都拟制为在被俘的时刻已死亡于罗马,其遗嘱有效,所以,在上述案例中,遗嘱继承继续,并不转入法定继承。于是,仍在被俘状态的儿子取得遗产,然后再把此等遗产传给他自己的继承人。这样处理,法律关系过于复杂,所以尤里安主张此时不适用《关于俘虏的科尔内流斯法》,而适用《十二表法》。

(二) 债法方面的

《十二表法》规定了盗窃等私犯,后世的《阿奎流斯法》也规定了这一方面,由此发生如何适用法律的问题。

乌尔比安在其《告示评注》第18卷中(D.9,4,2,1)告诉我们:杰尔苏区分了《阿奎流斯法》和《十二表法》就奴隶实施私犯做出的不同规定。按后者,如果主人知晓其奴隶实施了盗窃或其他私犯,不会以自己的名义应诉,而以奴隶的名义应诉。按前者,主人将以自己的名义应诉。之所以

^⑤ 同注⑥,第293页。

^⑥ 同注⑥,第287页及以次。

^⑦ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 369.

^⑧ 同注⑥,第305页。

^⑨ See The Digest of Justinian, Vol.2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 855.

不同处理,乃因为《十二表法》希望奴隶是不听从主人命令实施私犯的;而《阿奎流斯法》则倾向于宽恕服从主人命令的奴隶,以免他会被处死。^{⑤0}不难看出,后者开脱了主人,前者开脱了奴隶。

《阿奎流斯法》颁布后,并未废除《十二表法》的相关规定,而是形成两法并存,人们择法而用的局面。保罗在其《萨宾评注》第9卷中(D.47,7,1)告诉我们:拉贝奥说:如果盗伐树木,必须要么按《阿奎流斯法》、要么按《十二表法》给予诉权。但特雷巴求斯说,必须这样地给予这两种诉权,以便法官在后一种诉讼中减去根据前一种诉权所得到的,并根据余额作出宣判。^{⑤1}此语中,拉贝奥主张原告只能在两个法中选用一个,但特雷巴求斯主张可选用两个法,但原告的所得总额不得超过赔偿数额较高的那个诉讼的赔偿额。如果他先提起赔偿额高的诉讼后再提起另一个诉讼,他不会得到两份赔偿。如果他先提起赔偿额低的诉讼,他可提起另一个诉讼获得第一个诉讼不能取得的赔偿部分。^{⑤2}这样的两诉皆宜论显然增加了法院的负担。

以上是两个法律竞合的情形,还有三个法律竞合的情形。盖尤斯在其《行省告示评注》第10卷中(D.19,2,25,5)告诉我们:如果他自己伐树,他不仅根据出租之诉,而且根据《阿奎流斯法》,还根据《十二表法》就盗伐树木承担责任,并且根据关于暴力与欺瞒的令状承担责任。^{⑤3}这个法言说的的是一个承租他人土地的人砍伐租赁地上的树木,他首先要承担违约责任,也即根据出租之诉担责,因为租赁关系中无让承租人砍伐租赁地上树木的内容。其次他要根据《阿奎流斯法》和《十二表法》承担侵权责任。最后,他显然是在诉讼系属期间砍伐树木的,其时,出租人(同时也是原告)已要求承租人

不要砍树,承租人仍瞒着出租人砍之。此时,法官颁布关于暴力与欺瞒的令状,要求承租人自己或承担费用恢复原状。^{⑤4}

另外,保罗在其《告示评注》第22卷中(D.47,7,11)告诉了我们三个法律竞合的另一种情形:如果对砍伐树木的行为已根据《阿奎流斯法》起诉,在颁布了关于暴力与欺瞒的令状的情况下,只要头一个判决已充分地制裁了被告,他将被开释,根据《十二表法》的诉权仍然维持。^{⑤5}这个法言中的砍树人占有树所生之土地的依据并非租赁,而是其他原因。当土地所有人向他诉追土地时,他想捞一把,在脱离占有前砍几棵树图利。土地所有人遂依据《阿奎流斯法》第3条^{⑤6}起诉他,同时请求法官颁布关于暴力与欺瞒的令状。他获得胜诉,其损害得到了填补,但他并不丧失《十二表法》赋予他的诉权。此乃因为《十二表法》对于盗伐他人树木的行为只罚款25阿斯。由于通货膨胀,这笔钱到保罗的时代已经微不足道,所以保罗允许原告两诉并举,不似拉贝奥和特雷巴求斯只允许原告获得一个诉的利益。

五、反映《十二表法》的规定被后法发展的法言

保罗在其《告示评注》第38卷中(D.26,2,20,1)告诉我们:我们可以以遗嘱指定任何人为监护人,不论他是裁判官还是执政官,因为《十二表法》对此确认。^{⑤7}此语的意思是《十二表法》不承认担任高官者可豁免公役,这也许因为在《十二表法》的时代,罗马社会的规模不大,所以,裁判官和执政官都不十分忙,所以还有时间履行监护职责。但到

^{⑤0} 参见米健、李钧译:《学说汇纂(第九卷):私犯、准私犯与不法行为之诉》,中国政法大学出版社2012年版,第113页。

^{⑤1} 同注^{⑤0},第76页。

^{⑤2} 参见黄文煌:《阿奎流斯法——大陆法系侵权法的罗马法基础》,中国政法大学出版社2015年版,第53页。

^{⑤3} See The Digest of Justinian, Vol.2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 565.

^{⑤4} See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p. 511.

^{⑤5} 同注^{⑤2}。

^{⑤6} I.4,3,13.如果某人伤害了奴隶或属于牲畜的四足动物,伤害或杀死了不属于牲畜的四足动物,例如狗或野兽,本条赋予了诉权。就所有其他动物,同样,就所有无生命的物实施的不法损害,都可根据这一条提起诉讼。事实上,如果某物被焚毁、打碎或折断,根据本条被授予诉权。

^{⑤7} See The Digest of Justinian, Vol.2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 750.

了马尔库斯·奥勒留皇帝的时代(121-180年),情况已改变,所以,他在《半年录》中批复:管理皇库财产的人,在进行这种管理的期间,可被豁免监护或保佐(I.1,25,1^⑤)。皇库裁判官的职位肯定低于执政官,按照举轻明重的原则,执政官当然豁免承担监护职责。

乌尔比安在其《优流斯和帕皮尤斯法评注》第10卷中(D.37,14,11)告诉我们:恩主对其解放自由人依《十二表法》授予的法定继承权因前者对后者提起了导致重刑的控告而丧失。^⑥所谓重刑,指死刑和流放之刑。修改《十二表法》有关规定的新的法律,很可能是乌尔比安评注的《优流斯和帕皮尤斯法》。这一规定颇为独特,通常都要求解放自由人不得为不利于恩主的行为,这里也要求恩主不得为不利于解放自由人的行为,否则得不到继承后者的好处。

《十二表法》规定的法定继承人的范围也被后法发展了。乌尔比安在其《告示评注》第46卷中(D.38,7,2,4)告诉我们:但召集一切在无遗嘱的情形是继承人的人进行这种遗产占有,他们要么是《十二表法》做成的法定继承人,要么根据其他法律、元老院决议如此。……^⑦此语中,《十二表法》规定的法定继承人包括宗亲和族亲。其他法律、元老院决议规定的法定继承人有《特尔图鲁斯元老院决议》规定的被继承人的母亲,以及《奥尔菲图斯元老院决议》规定的被继承之母亲的子女。母亲及其子女被增加到了法定继承人的行列中。

《十二表法》规定的法定继承被裁判官创立的遗产占有补充了。乌尔比安在其《告示评注》第49卷中(D.38,14,1,2)告诉我们:如果某人根据《十二表法》取得遗产,他并不依据本条申请,而是依据“应该成为其继承人”的名目申请该种遗产占有,仿佛法律专门授予了他此等遗产占有有一样。^⑧此语中的“本条”,指裁判官颁布的“只要有任何法律

或元老院决议约束我这样做,我将授予遗产占有”的告示。遗产占有是裁判官法上的继承,尽管无继承之名,但有其实。遗产占有分为很多类型,本法言涉及两类。第一类是“依据法律或元老院决议的遗产占有”;第二类是“应该成为其继承人”的遗产占有。“应该成为其继承人”是另一个裁判官告示中包含的短语,全句是“如果某人无遗嘱而死应该成为其继承人”,所以,这是一种授予市民法上的法定继承人的遗产占有,只授予父系亲属,而“依据法律或元老院决议的遗产占有”可能授予自然法上的亲属,例如被继承人的母亲和祖母。

《十二表法》关于取得时效的标的物适格的要件也被后世的法律发展了。优士丁尼《法学阶梯》(I.2,6,2)告诉我们:被盗物或以暴力占有的物,虽然在上述长期期间内被以诚信占有,也不能以时效取得。事实上,被盗物由《十二表法》和《阿梯纽斯法》禁止,以暴力占有之物由《优流斯和普劳求斯法》禁止以时效取得。^⑨此语中,按照《十二表法》,以暴力占有之物原来不构成标的的适格,《优流斯和普劳求斯法》增加了这种不适格情形。《阿梯纽斯法》表面看重申了《十二表法》关于被盗物不得以时效取得的规定,实际上是把盗贼本人不能完成取得时效的原规定改造为从盗贼手里获得赃物的人也不能完成取得时效的新规定。^⑩

六、扩张解释《十二表法》中的某个用语以满足实际生活的需要的法言

(一) 扩张不能出庭原因的法言

《十二表法》第二表第2条规定:患重病,或者定好了与外邦人审理案件的期日,如果遇到这些障碍之一,法官、仲裁员或被告应另日诉讼。该条只把法官或两造当事人之一方患重病作为延期审理的理由,显然太窄。乌尔比安在其《告示评注》第74

^⑤ 同注⑥,第93页。

^⑥ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 317.

^⑦ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 347.

^⑧ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 363.

^⑨ 同注⑥,第149页。

^⑩ 参见徐国栋:《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版,第104页。

卷中(D.2,11,2,3)加以扩张:如果某人允诺出庭,但为健康问题、风暴或洪水所阻不能出庭,可得到抗辩的帮助,无罪。尽管这样的允诺要求他出庭。^{⑥4}这是类比《十二表法》的上述规定所为之决定,把自然灾害补充到了不能出庭的可原谅原因中。

(二)扩张或限缩已造横梁之诉的适用的法言

已造横梁之诉本来用以解决盗窃他人建筑材料建造自己房子的问题,但罗马人逐渐把它抽象成添附制度,这是由于各种原因被聚合成一物的两物,虽在物理上可以分割,但为了保护形成的价值不受破坏,法律禁止分割,让新物成为参与物的一方主人的所有,而责令他对参与物的另一方主人提供补偿的制度。一旦达到了这样的高度,已造横梁之诉原初的案例性便被消解,法学家把它适用到更广阔的情境中。

保罗在其《内拉蒂评注》第3卷中(D.24,1,63)把它适用于妻子的嫁资对于丈夫财产的添附。按照罗马法,嫁资的所有权归妻子,经营管理权归丈夫。一旦丈夫死亡或离婚,便发生归还妻子嫁资问题。但两口子的财产已融为一体,如何实现分离呢?保罗认为,如果妻子的物被混合到丈夫的建筑里,应该认为可根据《十二表法》提起诉讼,因为没有别的诉讼。但《十二表法》的规则要变通适用:妻子要等到自己的物分离出来,才可要求归还,在此之前,不能根据《十二表法》要求此等物的双倍价值:因为被混合之物并不是偷来的,而是在妻子知情的情况下与丈夫的建筑发生添附的。^{⑥5}这时的妻子似乎吃亏,但考虑到与丈夫曾有过的情谊关系,也不得不忍受这种局面了。

保罗在其《问题集》第15卷中(D.46,3,98,8)把已造横梁之诉扩用于被允诺的土地被人建造了公寓楼的情形:我允诺给你一个他人的地块,其所有人在上面建造了一个公寓楼,或问,要式口约是否消灭?^{⑥6}之所以发生这样的问题,乃因为允诺的

标的物已发生改变,土地上被添附了一个公寓楼。而且,公寓楼的价值大于地块,土地添附于它。保罗认为,此时并不构成履行不能,故债权人依然可主张地块,但得不到原物,可得到其价值。但他最后援引《十二表法》承认建筑材料可以是原物返还诉的客体,但禁止拆除建筑物,只能给付其价金的规定^{⑥7},暗示如果公寓楼将来灭失,债权人仍可主张土地本身。

但保罗在其《萨宾评注》第14卷中(D.10,4,6)排除把已在横梁之诉适用于两个贵重物品间发生添附的情形:一个人把自己的美玉镶嵌于他人的金器或雕像上,保罗认为,不能提起原物返还诉,因为从法学的意义来看,原物已不存在而成为新物的一部分。但可提起出示之诉,这是提起原物返还诉的前提诉,尤其在添附案件中。提起出示之诉是为了证明原物还存在,由此可以成为原物返还诉的对象。原物的出示取决于剥离的成功,如果剥离失败,被告出示不了原物,则只能提起损害赔偿之诉了。^{⑥8}所以保罗说:这与已造横梁之诉不同,不能对此等梁木提起出示之诉,因为《十二表法》禁止拆除梁木。但根据同一法律,可根据已造横梁之诉提起双倍诉讼。^{⑥9}不同的原因显然,拆除一座房子损害社会财富大,拆除一个首饰的社会财富损害小或没有,所以,法律做不同的处理。

(三)对重要术语进行扩张解释的法言

很多时候,扩张解释一个规定中包含的关键词就扩张了该规定的适用范围。有些规定产生于个案,其包含的关键词含义狭窄,经解释才得以张大,所以,扩张解释的过程,往往也是把得自案例的规则普遍化的过程。罗马法学家是进行这样扩张的老手,他们在这方面的能力尤其表现在他们对《十二表法》中某些规定的关键词的处理中。

乌尔比安在其《告示评注》第24卷中(D.10,4,7pr.)把《十二表法》中的“梁木”一语解

^{⑥4} See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 54.

^{⑥5} 参见黄美玲译:《学说汇纂(第二十四卷):夫妻间财产关系》,中国政法大学出版社2016年版,第111页。

^{⑥6} See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, pp. 719s.

^{⑥7} See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, pp. 719s.

^{⑥8} See George Mousourakis, Fundamentals of Roman Private Law, Springer Science & Business Media, 2012, p.151.

^{⑥9} See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 332.

释为包括一切建筑材料。^⑦从此出发,已造横梁之诉成为罗马法中宽广的添附制度的起点。

盖尤斯在其《行省告示评注》第13卷中(D.47.2.55.2)把《十二表法》中在正当防卫语境中使用的“武器”一语解释为包括剑、棍棒、石头以及任何能造成伤害的东西。^⑧实际上,《十二表法》中的“武器”一语原文是“用弓发射的东西”,也指一切用手投掷的物体(I.4,18,5)^⑨,含义狭窄得很。

伽里斯特拉杜斯在其《问题集》第2卷中(D.50,16,220pr.)把子女的术语解释为包括孙子和重孙子,并一口咬定《十二表法》把所有这些都包括在子女的术语中……。^⑩实际上,《十二表法》中“子女”的拉丁原文是Filius,仅指儿子,连女儿都不包括。把Filius解释为包括一切卑亲属,旨在让他们都有人监护。

保罗在其《论亲等和姻亲》单卷本中(D.38,10,102)说:《十二表法》称之为宗亲的人也是血亲,但他们是同一家庭中的通过父系形成的血亲,而通过女性形成的亲属仅被称为血亲。^⑪此语旨在扭转《十二表法》的宗亲本位主义,把宗亲也是血亲的一种的事实揭示出来,为把继承权建立在血亲关系基础上张目。

彭波尼在其《昆图斯·穆丘斯评注》第18卷中(D.40,7,29,1)扩张解释《十二表法》中包含的emptio术语,说:《十二表法》似乎把每一种转让都包括在“买受”(emptio)的术语中,并不区分任何当事人依据什么方式成为奴隶的所有人。^⑫彭波尼旨在通过这样的解释解决一个遗嘱解释问题,家父在遗嘱中这样写:如果我的奴隶安德罗尼库斯(Andronicus)给我的继承人10个币,让他获得自由。这是根据第七表第12条实施的附条件解放奴隶的遗嘱。结果遗嘱继承人的继承权遭到法定

继承人的争议,遂占有遗产,但法官作出了不利于他的判决。然后,安德罗尼库斯提出这样的问题:他已给付了自称的法定继承人20个币,而该人得到了有利的判决,他应该获得自由。怎么处理他的请求?遗嘱人的意图显然是让安德罗尼库斯给钱于遗嘱继承人,但他实际加倍付给了法定继承人,这样的给付是否导致他获得自由权?昆图斯·穆丘斯、拉贝奥和阿里斯托都认为,可导致安德罗尼库斯获得自由。安德罗尼库斯以这种方式获得自由的原因何在?在于遗嘱人已经把对他的所有权以他自己付费的方式转让给得到法院胜诉判决的人,然后再由该人解放他。^⑬

顺便指出,查《十二表法》的拉丁文本,并未发现有Emptio一词,这可能因为在彭波尼的时代有一个采用当时拉丁语的文本,其中有这个词。但这个文本没有流传给我们。

(四)通过解释形成新的法律制度的法言

有些规定,《十二表法》本身没有,但包括其法理,依据此等法理,法学家们把它们由隐而显,解释成制度。

首先,恩主监护其解放自由人的制度是这样来的。优士丁尼《法学阶梯》(I.1,17pr.)告诉我们:根据《十二表法》,男女解放自由人的监护属于恩主及其卑亲属,这也被称作法定监护。并非因为该法指名地规定了这种监护,而是通过解释,这种监护得到了接受,完全如同该法的文句采用了这种监护一样。事实上,由于该法命令,如果男女解放自由人无遗嘱而死,其遗产归恩主及其卑亲属的事实本身,古人相信,该法也愿意把监护归之于这些人,因为它命令,被召集继承遗产的宗亲,也做监护人,因为在通常情况下,哪里有继承权的利益,哪里也应有监护的负担。……^⑭乌尔比安在

^⑦ See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 332.

^⑧ See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 752.

^⑨ 同注⑥, 第535页。

^⑩ See The Digest of Justinian, Vol.4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 934.

^⑪ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 353.

^⑫ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 465.

^⑬ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 465.

^⑭ 同注⑥, 第75页。

其《萨宾评注》第14卷(D.26,4,1pr.)^⑧、第38卷(D.26,4,3pr.)^⑨中有类似的说明。3个法言的共同理路是:得到遗产的人有义务监护遗产的给予者,以贯彻权利义务相一致原则。

乌尔比安在其《萨宾评注》第38卷中(D.26,4,3,1)进一步厘清了恩主监护的不同原因:不论解放者是自愿解放还是按照信托被迫使实施解放,解放者都是被解放者的监护人。^⑩自愿解放是奴隶的主人自己实施的解放,信托解放是此等主人委托自己的继承人实施的解放。基于前种解放产生的监护是解释得来的,基于后种解放产生的监护是进一步解释得来的,它被用来解决适用一个解释得来的规则时必然要出现的新问题。

既然解放奴隶的恩主负责监护后者,解放未适婚子女的尊亲就不管后者了吗?乌尔比安在其《告示评注》第35卷中(D.26,4,5pr.)说:没有任何人指定法定监护人,但《十二表法》指定了监护人。^⑪这个法言太短,孤立看它不知所云,但它所处的上下文是解放子女的尊亲的法定监护,所以它规定的是尊亲对被解放子女的法定监护。如果说恩主对解放自由人的监护是解释出来的,尊亲对被解放子女的监护应产生在它之后,更是解释出来的,而且可能是比照恩主监护解释出来的,但乌尔比安硬说“《十二表法》指定了监护人”,实际情况并非如此。

兄弟属于宗亲,所以也是第二顺位的法定继承人,他们是否也承受保护被继承人的负担呢?《十二表法》本身对此无规定,但阿纳斯塔修斯皇帝在其致人民的敕答中(C.5,70,5)根据该法的精神演绎出这样的规定,曰:朕并无意让被解放的兄弟或兄弟们不承受监护的负担而享有继承的不当

利益,朕根据《十二表法》规定:他们可合法地被指定为其疯了的兄弟或姐妹的保佐人。^⑫由此根据权利义务相一致原则创立了兄弟间的保佐。

《十二表法》本身并未承认胎儿的继承能力,但乌尔比安在其《萨宾评注》第14卷(D.38,16,3,9)中却说:《十二表法》授予法定继承权给在母腹中的人,但以他活着出生为条件。显然,这样的胎儿继承权产生于法学家的解释。乌尔比安进一步演绎了胎儿享有继承权的两种情形。其一,在他这一亲等只有他一人,这样,他优先于顺位在他之后的宗亲。我们知道,《十二表法》授予遗产于最近亲等的宗亲。如果不算这一亲等中的胎儿,下一亲等的宗亲就得到继承机会了,法学家关于胎儿享有继承能力的解释剥夺了他们的机会。其二,在他这一亲等还有其他人,例如有一个已出生的哥哥,或有一个被继承人的已出生的侄儿的情形,这时胎儿与已经存在的人分享遗产。^⑬

(五)法律适用性解释

法律非经解释,不得适用,此乃因为法律是一般的,案件是特殊的,适用法律时有必要把抽象的规则具体化。下面分为人法和物法两个方面谈后世法律人对《十二表法》有关规范的解释。

1. 人法方面的。

戴克里先和马克西米安皇帝于290年6月发布的致菲尔米娜(Firmina)的敕答(C.5,30,1)解释了法定监护人是否包括血亲的问题。曰:《十二表法》未把对男性的监护授予舅舅,而授予了叔叔和伯伯,但以他们未受到豁免为限。^⑭《十二表法》把宗亲的法定继承人资格与法定监护人资格挂钩。所谓宗亲,是父系的亲属,舅舅是母系的亲属,舅舅不能充当外甥的法定监护人,毫无疑问,不需要解

^⑧ See The Digest of Justinian, Vol.2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.753.

^⑨ 同注^⑧。

^⑩ 同注^⑧。

^⑪ See The Digest of Justinian, Vol.2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.754.

^⑫ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P.Scott, Cincinnati, s/a. Vol.XIII, p.277.

^⑬ See The Digest of Justinian, Vol.3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.367.

^⑭ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P.Scott, Cincinnati, s/a. Vol.XIII, p.227.

释。可能在戴克里先的时代出现了提高血亲地位的思潮,故有人质疑《十二表法》的规定,而戴克里先和马克西米安比较保守,故做出了维护传统的解释。但较晚的优士丁尼比较有革新精神,在531年发布的一个敕答中(C.6,58,14,6)承认外甥可以继承舅舅(参见前文),以此为舅舅监护外甥创造了前提。

《十二表法》对僭夺被监护人财产的监护人按盗窃课加双倍之诉的责任,但在多数人担任一个人的监护人,他们彼此间有分工的情况下如何适用这个规则?特里芬尼努斯在其《论断集》第14卷中(D.26,7,55,1)为我们提供了这方面的案例并表达了解决方案:三个人监护一人。第一人负责管理,后来破产。第二人委托蒂求斯进行管理,后者确实实施了一些管理行为。第三人未进行任何管理。此时,如果监护人自己盗窃被监护人的财产,《十二表法》规定的针对监护人的双倍之诉是否适用呢?特里芬尼努斯认为,第二个监护人因为已接受管理,他应被认为背信行事而非违背所有人的意志僭夺其财产。所以,他不要就双倍之诉承担责任,而要就交还财产或偿付其价值承担责任。^⑧通过这样的解释,特里芬尼努斯更改了《十二表法》确立的按盗窃罪处置不诚实监护人的规则,改为以背信罪处置之。后罪的罚则显然轻于前罪的。

尤里安在其《学说汇纂》第59卷中(D.38,16,6)还考察了《十二表法》的规则对于如下案件的适用可能:蒂求斯剥夺了其儿子的继承权,附条件地指定一个家外人为其继承人。蒂求斯死后条件仍处于悬置状态,其儿子已结婚并当了父亲,然后死亡,而课加于继承人指定的条件后来不成就,祖父的遗产是否可以无遗嘱继承的方式移转给其遗腹的孙子?尤里安的意见是:在其祖父死后受孕的人的不能作为自权继承人法定继承祖父,也不能作为血亲实施遗产占有,因为《十二表法》召集被继承人死亡时生存的人继承遗产。^⑨这样的解释确定

《十二表法》不承认胎儿的继承权,继承人在被继承人死亡时必须存在。

待自由人是被其主人附条件解放,但此等条件尚未成就时的奴隶。这种可能成为自由人的奴隶可否出售?莫特斯丁在其《区别集》第9卷中(D.40,7,25)回答了这个问题:按照《十二表法》可以出售,但以恶劣的条件出售他们,例如禁止他们在某些地区服务或在任何时候被解放,则完全不对。^⑩此等解释基于待自由人的奴隶现实性做出,没有什么不对。《十二表法》第七表第12条确实有关于出售待自由人规定。其辞曰:在遗嘱中被宣布解放的人,以向继承人支付10000阿斯为条件的,即使继承人出卖了他,他应通过向买受人给付上述金钱获得自由。莫特斯丁对《十二表法》的这个规定做了适用性解释,不许以恶劣条件出售待自由人。

有些法官认定的《十二表法》的规定是假托的。这方面的例子有I.3,5,1。它规定:受人格减等的宗亲及其后代,不被《十二表法》认为是法定继承人……。^⑪《十二表法》中并无这样的规定,它只能是对其有关规定的适用性解释。由此在法定继承关系中增加了政治色彩,因为人格减等大多是叛国行为承担的刑罚的附加后果,而且,还把这样的刑罚效果株连性地扩张到受刑人的后代。

2. 物法方面的。

我们知道,受赠人对于赠与人有感恩义务,一旦忘恩负义,赠与人可撤销赠与。而解放是一种特殊的赠与,对它是否适用赠与的一般规则?保罗在其《普劳提评注》第9卷中(D.50,16,80)对此做了肯定的回答:根据《十二表法》的精神,一般地撤销遗赠,也包括撤销自由之赋予。^⑫此语中使用了“《十二表法》的精神”的表达,清楚地表明,保罗谈到的制度并非出自《十二表法》的文字规定,而是出于解释。

罗马人遗嘱的功能远不止于遗产分配,但不幸的是,《十二表法》对遗嘱只规定了其遗产分配

^⑧ See The Digest of Justinian, Vol. 2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 772.

^⑨ See The Digest of Justinian, Vol. 3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 367.

^⑩ See The Digest of Justinian, Vol. 3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 464.

^⑪ 同注⑥, 第307页。

^⑫ See The Digest of Justinian, Vol. 4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 940.

功能和监护人指定功能,曰:“以遗嘱处分自己的财产,或为其所属指定监护人,具有法律上的效力。”(第六表第3条),为了解决该条的文意圈框过小的问题,彭波尼在其《昆图斯·穆丘斯评注》第5卷中(D.50,16,120)对该条进行扩张解释,曰:遗嘱中可包含指定继承人、给予遗赠、解放奴隶、指定监护人。^⑩通过这样的扩张,遗嘱也具有了解放奴隶的功能,从而增加了其人道色彩。

替补继承是遗嘱人在他指定的继承人先于他死亡时指定另一人继承后者情形。那么,替补继承人可以有几个?彭波尼在其《萨宾评注》第2卷中(D.50,16,162pr.)认为只能有一个,曰:在普通的替补中,替补继承最后死的继承人的人,被正确地理解为是唯一的替补者,根据《十二表法》的先例,最近的宗亲只包括一个宗亲。^⑪这个法言涉及这样的情形:某人指定了两个继承人,其中一个是一个的替补继承人,后来,第三人又被指定为后者的替补继承人,此等第三人是两个继承人中最后死者的替补继承人,由于两个继承人彼此发生了继承,他可得到两个份额。这样安排,出于模仿《十二表法》关于最近的宗亲只有一个的规定。替补继承和法定继承一样具有顺位性,“第三人”构成替补继承的一个顺位,“最近的宗亲”也是一个顺位,两者都只能有一人。通过类比推理达成这种效果。

在法定继承中,遗腹子的地位如何?前文已讲到尤里安不承认胎儿的继承权,但戴克里先和马克西米安皇帝承认之。他们在293年致马尔切拉(Marcella)的一个敕答(C.6,55,4)中说:按照《十二表法》规定的继承顺序,如果某人无遗嘱而死,其遗腹子优先于他的姐妹。^⑫此语承认遗腹子即胎儿是死者的当然继承人,处在法定继承的第一顺位。死者的姐妹属于宗亲,处在法定继承的第二顺位,故“胎儿”优先于“姐妹”。《十二表法》本身并无关于胎儿继承的规定,这一敕答通过解释,

把胎儿的法定继承权确立下来了,填补了《十二表法》的一个漏洞。

《十二表法》的另一个漏洞由乌尔比安在其《萨宾评注》第41卷中(D.19,5,14,3)发表的法言填补了:该法对于你的橡实落在我的土地上,此等橡实被牲畜吃掉的情形没有规定。对于这种情形不能适用放牧之诉,因为该诉针对的是我在你的土地上牧放我的牲畜的情形,本案的情形是我的牲畜吃掉你的树木掉落在我自己的土地上的橡实;也不能适用四足动物致人损害之诉,因为该诉只适用于四足动物因为撒野导致他人人身损害的情形,而本案的情形是财产损害。所以,只能提起事实之诉。^⑬而事实之诉就是弥补法律漏洞之诉。

《十二表法》规定的盗伐树木考虑的是盗贼来到他人土地砍树带走的情形,未考虑土地承租人盗伐出租人的树木的情形,这一漏洞被保罗在其《萨宾评注》第18卷中(D.12,2,28,6)点出:因为租赁地上的树木被盗伐,佃户被依据租赁之诉当了被告。此时有两种可能:树木极可能是佃户自己盗伐的,对于这种情形,已有前文讲到过的D.19,2,25,5加以处理;也可能是他人盗伐的。如果佃户宣誓他不曾盗伐,他可以援用已经发誓的抗辩对抗依据《十二表法》的盗伐树木赔偿请求权。^⑭这个时候,树木的主人只能去寻找另外的被告了。

能否时效取得被盗的女奴的婴儿,是一个《十二表法》不曾规定的问题,尤里安在其《学说汇纂》第44卷中(D.41,3,33pr.)对此做了回答:不仅诚信买受人,而且一切根据通常会引起取得时效的原因为占有的人,都可以通过取得时效取得被盗的女奴的婴儿……因为只要《十二表法》和《阿提纽斯法》未设置障碍,能根据某一原因以时效取得女奴的人就必然能按同样的原因以时效取得其婴儿,只要他在知道母亲是被盗的以前孩子是在他家里受孕的就行了。^⑮此语中,女奴被一个家父

⑩ 同注②,第251页。

⑪ See The Digest of Justinian, Vol. 4, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 947.

⑫ See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XIV, p. 79.

⑬ See The Digest of Justinian, Vol. 2, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 577.

⑭ See The Digest of Justinian, Vol. 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 369.

依据合法原因之一诚信占有,这个家父处在第二占有人的地位,此等女奴是被第一占有人盗来的,但第二占有人对此不知,所以他构成诚信,基此他可时效取得上述女奴,但是,他遇到了《十二表法》和《阿提纽斯法》的障碍,这两个法律都规定赃物不能以时效取得,除非它们曾回到原所有人手中,涤除了赃物的污点,但本法言中的女奴未经过此等涤除,所以她不能被时效取得。但她在第二占有人家里受孕并出生的婴儿却可以被时效取得,因为他并非赃物。但如果他是在其母亲被第二占有人占有前就受孕,被其母亲带到第二占有人家,那他也是赃物了。^{⑨5}为了彰显他的非赃物属性,尤里安在本段中特别强调“孩子是在他(指第二占有人)家里受孕的”。婴儿没有赃物的污点,但要时效取得他必须有合法的原因。这是这个婴儿没有的,法学家解决这个难题的方法是把他的被占有原因也当作他的被占有原因。在本段的情形,他母亲显然是被买来的,所以,此等婴儿的被占有原因是“作为买受人”。

罗马法中有遗产破产制度。债务人一死,如果其债权人诉追过来,受遗赠人是否要就死者的债务承担责任?戴克里先和马克西米安皇帝在294年致阿波劳斯图斯(Apolautus)的一个敕答中(C.4,16,7)对此做了否定的回答:遗产的债权人无权对受遗赠人提起债权之诉,因为《十二表法》已明确让继承人对这一诉权承担责任。^{⑨6}实际上,《十二表法》中只有“继承的债权和债务,依法按其继承的遗产份额分配给继承人”(第五表第9条)这样的规定,其中包含继承人承担遗产债务的意思,但也可把受遗赠人解释成广义的继承人让他们承担死者债务,但戴克里先和马克西米安没有进行这样的扩张,对受遗赠人进行了保护,为此牺

牲了遗产债权人的利益。这或许因为考虑到遗赠在有些情形具有酬劳性质,在有些情形具有做公益性性质。

“继承的债权和债务,依法按其继承的遗产份额分配给继承人”这样的规定是否适用于被继承人的被抵押财产被执行后造成的亏损的分摊?《十二表法》对此无规定,瓦勒里安和加里恩努斯(Gallienus)皇帝在其于257年致陶鲁斯的一个敕答中(C.8,32,1)补充之:如果债权人死亡,留下几个继承人,而债权已按照《十二表法》在他们中分割,被抵押财产的整个金额由他们中的每个人负担。^{⑨7}这样,就明列了继承人要分摊的死者债务的一个具体类型。

然而,继承人达成的分割债务的协议的效力是有限的,戴克里先和马克西米安皇帝在294年10月致科尔内利娅的一个敕答中(C.2,3,26)告诉我们:债务人的继承人依据《十二表法》达成的遗产的债务按他们的继承份额的比例分割的简约不能让债务人之一免对债权人偿付整个债额,在继承人依据裁判官法为继承时,也适用这一规则。所以,你可以在你的利益相关的范围内起诉共同继承人之一,迫使出示他们书面的共同承认债务文书,或确认他们尚未达成分割债务的决定的事实。^{⑨8}这一敕答确立了继承人之间的法定连带以保护债权人的利益。

以上是债务不可分割的情形,还有以地役权为标的的合同不可分割。保罗在其《告示评注》第23卷中(D.10,2,25,9)告诉我们:如果一个人在就路权、通行权、驱畜通行权订立了要式口约后死亡,根据《十二表法》,这样的要式口约不可分,因为它不能分。所以,分割遗产之诉不能涵盖此等要式口约,如果继承人被拒绝行使路权,他们中的每个人都可援用针对全额的诉权,判罚将按照他们继承

^{⑨5} See The Digest of Justinian, Vol. 3, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 523.

^{⑨6} Cfr. Paolo Feretti, In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse, Giuffrè, Milano, 2008, p. 59.

^{⑨7} See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XIII, p. 29.

^{⑨8} See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XIV, p. 282.

^{⑨9} See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, s/a. Vol. XII, p. 172.

遗产份额的比例做出。^⑩如此, 尽管合同不可分, 但违约赔偿金可分。

七、批评《十二表法》某项规定的谬误的法言

尽管《十二表法》的多数规定受到尊崇, 但也有少数不妥规定受到后人的批评和更正。关于绝对的遗嘱自由权的规定即为其中之一。事实上, 根据《十二表法》, 遗赠权可完全自由行使, 甚至允许把全部财产开支为遗赠。由于继承人根据遗嘱一无所得, 倾向于拒绝接受毫无利益或极小利益的遗产, 导致遗嘱人无遗嘱而死。这是罗马人最不愿发生的事情之一。就此, 罗马人先后颁布了《富流斯法》、《沃科纽斯法》谋求解决, 但都效果不佳。最后颁布了《法尔其丢斯法》, 规定不许遗赠超过全部财产的 3/4, 换言之, 指定的继承人不论是一个还是多个, 要为他或他们保留 1/4 的份额 (I.2,22pr.)。^⑪由此创立了特留份制度, 平衡了遗嘱自由、受遗赠人的利益和法定继承人的利益三者。

对《十二表法》个别规定的用词不当构成批评之二。在继承权落到第二顺位的法定继承人的情况下, 如果有多数亲等的宗亲, 《十二表法》明确地只召集最近的亲等。但《十二表法》召集最近的亲等时用的是单数, 而在多数亲等之中才有“最近亲等” (I.3,2,5)。^⑫如果《十二表法》在召集最近的亲等时用的是复数, 那就对了。

前文多次说过, 《十二表法》在继承问题上持男女平等的立场, 但这种平等只给宗亲范畴内的男性和女性, 不给血亲范畴内的女性, 所以, 该法只采用有限的男女平等。实际上, 它在后一方面采取有利于男性子嗣、排斥通过女性把自己联系为亲

属的人的继承权, 甚至不给予母亲、儿子或女儿相互间的取得遗产权。裁判官看出了《十二表法》这一规定的缺陷, 召集这些人作为近血亲继承, 给予他们为了血亲的遗产占有 (I.3,3pr.)。^⑬如此补救了《十二表法》的一个缺陷, 此等补救本身就构成对《十二表法》不当规定的批评。

八、没有援用《十二表法》但强烈地反映了该法影响的法言

盖尤斯在其《法学阶梯》1,3 中说: 法律是由人民批准和制定的。^⑭这一体现人民主权论的法言与第十二表第 5 条的规定“人民新发出的命令应视为法律”何其相似乃尔!

第九表第 1 条关于法律普遍性的规定“不得针对任何个人制定特别的法律”也回响在如下法言中:

D.1,3,8. 乌尔比安:《萨宾评注》第 3 卷: 法不是为了单个的个人制定的, 而是为了所有人。^⑮

以上谈论的是人的普遍性, 罗马法学家以此为基础, 还发展出了事的普遍性理论, 它强调法律只调整经常发生的生活现象。体现在如下法言中:

D.1,3,4. 杰尔苏:《学说汇纂》第 5 卷: 法律不是为了那些仅在某种情况下偶然发生的情形制定。^⑯

D.1,3,5. 杰尔苏:《学说汇纂》第 17 卷: 实际上, 法应该适合于那些经常和容易发生的情况而不是那些极少出现的情况。^⑰

D.1,3,3. 彭波尼:《萨宾评注》第 25 卷: 法律的制定, 就像泰奥弗拉斯图斯 (Theophrastus) 所讲的那样, 是为了一般发生的情况而不是为了意外发生的情况。^⑱此语更揭示了法律的事的普遍性理论的创立者是泰奥弗拉斯托斯 (约公元前 371~ 前

^⑩ See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 314.

^⑪ 同注⑥, 第 251 页。

^⑫ 同注⑥, 第 295 页。

^⑬ 同注⑥, 第 297 页。

^⑭ 参见 [古罗马] 盖尤斯:《法学阶梯》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 2 页。

^⑮ See The Digest of Justinian, Vol.1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 12.

^⑯ 同注⑮。

^⑰ 同注⑮。

^⑱ 同注⑮。

287年)。这是一个接替亚里士多德领导逍遥学派的哲学家。这里,希腊哲学对于罗马法的影响又一次表现出来。

九、简短的结论

从以上展示的后世罗马人对《十二表法》的多次援用和广泛分析来看,该法很受罗马人尊重。其一些规定得到赞美,作为改革今法的依据。只有少量规定受到批评,奇怪的是,该法那样严酷的破产法没有人批评。这些都可用来证明《十二表法》的先锋性和永久性。但有些法学家对《十二表法》的解释彼此矛盾,尤其在胎儿是否有继承权的问题上。

在《十二表法》遗留下来的规定中,3个规定最受关注:其一,已造横梁之诉,9个法言涉及到它,占88个被考察法言的10.2%。它们是:D.6,1,23,6、D.41,1,7,10、D.50,16,62、D.47,3,1pr.、D.24,1,63、D.46,3,98,8、D.10,4,6、D.10,4,7pr.、I.2,1,29。罗马法学家以这个产生于盗窃案件的规则为基础,打造了以社会公共利益抑制个人利益的添附制度,并演绎了其种种可能的适用,构成一个在不利地基上盖起漂亮高楼的法解释学典范。其二,遗产债权债务的分割,6个法言涉及到它。它们是:C.3,36,6、C.8,32,1、C.2,3,26、D.10,2,25,13、D.10,2,25,13、D.10,2,25,9,占被考察法言总数的5.6%。《十二表法》的规定原本非常简单:分得遗产者也分得遗产上的债权债务,但罗马法学家通过解释把这个简单的规则精致化,打造出担保之债可分论、地役权之债不可分论、债务分割不导致责

任分割论,等等,甚至可分之债的理论也以次为出发点。其三,取得遗产与承担保护挂钩的权利义务相一致原则,2个法言涉及到它。它们是:I.1,17pr.、C.5,70,5,占被考察法言总数的0.22%。前者运用这一原则解释出了恩主监护解放自由人的制度;后者运用这一原则解释出了健全的兄弟承担患精神病的兄弟的制度。

《十二表法》中最受赞美的规定是其在宗亲继承上男女平等的安排,有4个法言进行这样的赞美。它们是:I.2,13,5、I.3,2,3a、C.6,58,14pr.、C.6,58,14,6。之所以需要赞美,乃因为经过中期法学的解释,这种平等消失了,女性宗亲在继承上劣后于男性宗亲,赞美者希望在这个问题上恢复《十二表法》的规定并达成了这一目标。尽管如此,《十二表法》在性别平等上的可称赞性有限,因为在血亲范畴内的女性不能与男性平等继承。

在被研究的88个法言中,有3个法言断言《十二表法》中有某项规定,但在我们现在掌握的《十二表法》文本中找不到它们。首先有D.26,2,20,1宣称的裁判官、执政官不得豁免监护的规定;其次有I.3,5,1宣称的受人格减等的宗亲及其后代不得当法定继承人的规定;最后,D.40,7,29,1宣称的《十二表法》中包含Emptio一词。对这样的古人宣称有今人不见其存可以这样解释:可能《十二表法》真有这样的规定或用语,但后人的还原没有体现出来。这是第一种可能,第二种可能是宣称者是在进行假托,把一个不存在于《十二表法》的规定或表达宣称存在,以达到自己的某种目的。何种可能为真?需要进一步的研究和资料发现。